ATO ILÍCITO E DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Autora: Sandra Cristina Floriano Pereira de Oliveira Sanches, procuradora do Município de Diadema, graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, pós-graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, em Direito Processual do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Administrativo pelas Faculdades Integradas de Jacarépagua.

Resumo: Este trabalho versa sobre os seguintes aspectos: Origem do Direito das Obrigações e sua evolução. Código Civil de 1916 e a responsabilidade Civil. Código de 2002, aspectos sobre os atos ilícitos. Atos ilícitos e a obrigação de indenizar. Teoria do Abuso do Direito. Aspectos sobre função social e boa-fé nos contratos.

Palavras Chaves: ato ilícito - função social - boa-fé – responsabilidade -civil

Introdução

Com o nascimento do Direito Obrigacional surge o instituto da responsabilidade civil em razão do descumprimento de um contrato ou em
razão de não se observar um preceito normativo que regula a vida.

Anterior ao surgimento do Direito Obrigacional existia a responsabilidade civil aquiliana, nomenclatura utilizada desde o século III antes de Cristo, onde restaram fixados parâmetros da responsabilidade extracontratual, também chamada de sem culpa, vez que a fixação do valor em dinheiro para reparar um dano não dependia de uma obrigação preexistente. A lei de Talião, prevista na Lei das XII tábuas era a norma legal que fundamentava as decisão que obrigavam os agentes causadores do dano a repará-lo.

A igreja católica deu a conotação de "castigo" à imposição de reparar o dano causado. Mantendo a mesma linha de punição, houve porém a necessidade de fixar elementos para que fosse configurado uma situação que ensejasse a possibilidade de uma aplicação de pena em reparação de dano.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia de responsabilidade civil traz consigo a reparação de prejuízos sofridos, uma espécie de ressarcimento, tentativa de restabelecer o equilíbrio violado, podemos afirma que este é o sentimento primário da justiça.

O ofensor pode romper este equilíbrio jurídico por ação ou omissão, o desequilíbrio gerado pode causar danos na esfera patrimonial ou moral da vítima, razão pela qual se fala em restabelecimento do equilíbrio violado, recolocando o ofendido no *status quo ante.*

A sanção sempre foi utilizada como meio de coibir a ação do ofensor e de certa forma reparar o prejuízo, compensando a vítima de alguma maneira.

Num primeiro estágio, e comum a todos os povos, não se levava em consideração a culpa do agente causador do dano. Desta forma, bastava a simples ação ou omissão do agente e o prejuízo sofrido pela vítima para que aquele fosse responsabilizado.

Isto porque, neste primeiro estágio os costumes é que regiam as regras de convivência social, motivo pelo qual as partes envolvidas na lide reagiam de forma direta. Assim, o ofendido reagia a uma agressão diretamente, a chamada "vingança privada".

Mais tarde, em Roma aplicou-se a Lei de Talião, contudo, o Poder Público não substituía as partes para composição dos conflitos, apenas autorizava a aplicação da referida lei. Confira-se.

> “O talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no § 230 do Código de Hammurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto” (NORONHA, 2007, p. 528).

A composição foi a evolução do período de vingança, nesta fase a vítima passou a perceber uma reparação do agente causador dos danos, tal reparação poderia consistir em uma vantagem, conveniência para minimizar a violência sofrida ou uma compensação econômica pelo dano sofrido.

Neste período o ofensor passa a responder com seu patrimônio pelos prejuízos causados a outrem. É neste momento que surgem as tarifações instituídas pelo Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Lei das XII Tábuas.

Diante desta sistemática, a vítima foi proibida de fazer justiça pelas próprias mãos. Confira-se.

> (...) quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vitima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo (...) (GONÇALVES, 2009b, p. 07).

Podemos concluir que as ideias iniciais sobre reparação de danos, utilizando o patrimônio do ofensor para este fim, surgiram em Roma.

Mas foi a Lei de Aquilia que dá início ao princípio que passa a nortear o instituto da reparação do dano. Confira-se:

> (...) foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou no início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens” (VENOSA, 2009, p. 17).

Esta lei é o marco fundamental para a aplicação da culpa na obrigação de indenizar. Tem origem na responsabilidade extracontratual, onde a conduta do ofensor é que gradua a culpa do causador do dano.

O próximo período que a este se seguiu foi o *ius puniendi*, onde o Estado assumiu definitivamente a função de punir o ofensor. Na idade média o direito foi se aperfeiçoando em especial no Direito Francês.

REQUISITOS PARA FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Foi o Código Napoleônico, artigo 1.382, que fixou os elementos da responsabilidade civil, quais sejam: conduta do agente e culpa (em sentido amplo).

A Revolução Francesa trouxe uma evolução para o instituto da responsabilidade civil, vez que surgiu neste momento histórico a Teoria do Risco, responsabilizando o Estado a reparar danos causados às pessoas quando da realização de atividades a bem da coletividade.

Foi o artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916 que consagrou a responsabilidade civil do Estado pelos atos comissivos de seus agentes, a qual passou a ter status constitucional em 1988, por meio do §6º.do artigo 37 da Carta Magna.

O Código Civil de 1916 filiou-se a teoria subjetiva da responsabilidade civil, logo, havia a necessidade de provar a culpa do ofensor. Assim sendo, era necessária a demonstração inequívoca da culpa do agente, seja por ação ou omissão.

Hoje, está em voga apontar a existência de um Direito Civil Constitucional, visando harmonizar pontos de inserção entre o Direito Público e o Direito Privado, os quais tem amparo no Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Solidariedade Social e pelo Princípio da Isonomia.

De acordo com o novo Código Civil brasileiro, artigo 186: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim sendo, a ideia que o Código Civil de 2002 nos traz é que existirá “ato ilícito” toda vez que houver uma “lesão” cumulada com dano material, moral, estético, entre outras formas que o dano possa se apresentar.

Pode-se dizer que o ato ilícito é aquele que não observa a norma jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem.

Portanto o ato ilícito é conduta humana que fere direitos subjetivos privados.

De acordo com a parte final do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, a consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, de reparar o dano.

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem,fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente deculpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A par disto, o artigo 187 do Código Civil de 2002 consagra a Teoria do Abuso de Direito como ato ilícito, também nominada de Teoria dos Atos Emulativos, ampliando o conceito de ato ilícito.

O novo código Civil, no artigo 187 amplia a noção do ato ilícito, estabelecendo a ilicitude do exercício de um direito quanto este violar seu fim econômico, social ou os limites da boa-fé e bons costumes, vedando assim a forma abusiva do uso do direito.

Restou mantido no Código Civil a Teoria do Risco em determinados casos, onde o simples exercício de uma atividade impõe a obrigação de indenizar os danos causados, sem a necessidade de comprovação da culpa do ofensor (art. 927, parágrafo único).

Podemos dizer que a evolução da responsabilidade civil tem como principal característica a reparação de danos causados à vítima por seu ofensor. Surge inicialmente como um costume de vingança e avança até os dias atuais com a reparação de danos fundadas em teoria objetiva e subjetiva, e principalmente a harmonização dos pontos de inserção entre o Direito Público e o Direito Privado, os quais tem amparo no Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Solidariedade Social e pelo Princípio da Isonomia.

DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS E EXTRACONTRATUAIS

DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Todo o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, e tem como objetivo a regulamentação de interesses entre as partes, como o objetivo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Dois são os elementos dos contratos: **o estrutural**, ou seja a alteridade, a fusão de duas vontades contrapostas**; o funcional**, ou seja embora os interesses sejam contrapostos são eles harmonizáveis entre as partes, constituindo e solvendo direitos e obrigações na área econômica.

Para a validade de qualquer contrato é necessário a observância dos requisitos do artigo 104 do Código Civil, ou seja, agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Desta forma, são requisitos subjetivos: a existência de duas ou mais pessoas, pois o contrato é um negócio feito entre duas ou mais pessoas, as quais devem ter capacidade para praticar atos da vida civil, bem como ter aptidão específica para contratar, sob pena do ato ser declarado nulo.

Os requisitos objetivos dizem respeito ao objeto do contrato, ou seja, à obrigação constituída, modificada ou extinta. Desta forma, necessário que o objeto seja lícito, possível físico e juridicamente, determinado, e tenha valor econômico.

No que concerne à forma a regra é que não há um rigorismo, salvo se a lei exigir, a regra é a liberdade de forma, celebrando-se o contrato pelo livre consentimento entre as partes.

O Direito contratual é regido pelos seguintes princípios: princípio da autonomia da vontade, do consensualismo, da obrigatoriedade da convenção, da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual, e da boa fé.

Pelo Princípio da autonomia da vontade se firma a liberdade contratual dos contratantes, podendo as partes estipula livremente as condições contratuais como melhor lhe convier. Esta liberdade de criação contratual abrange a liberdade de contratar ou não, liberdade de escolher com quem contratar, liberdade de fixar o conteúdo do contrato.

A liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública. Desta forma, as convenções não podem ser contrárias a ordem pública, ou seja a vontade das partes está subordinada ao interesse coletivo.

Diz o artigo 421 do Código Civil que " A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (CF, artigos 1º, IV, 5º, XXIII, e 170, III).

Portanto o ato negocial está condicionado ao atendimento ao bem comum e aos fins sociais, os quais vem atrelados aos valores de boa fé e probidade.

O segundo princípio é o Consensualismo, pelo qual o simples acordo de vontade entre os contratantes vasta para gerar o contrato válido, salvo se a lei exigir uma forma solene, porém a regra é que os contratos se realizem apenas com o simples acordo de vontades.

O terceiro princípio é o da Obrigatoriedade da Convenção, pelo qual são feitas estipulações, uma espécie de auto-regulamentação dos interesses dos contratantes, visando proteger a confiança das partes e a observância da avença estipulada.

Uma vez fixada as condições, estas se incorporam ao ordenamento jurídico autorizando o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação, caso não for cumprida por qualquer das partes.

Pelo principio da Relatividade dos Efeitos do Negócio Jurídico Contratual, pelo qual o contrato somente produz efeitos entre os contratantes, não produzindo efeitos em relação a terceiros, salvo se tratando de herdeiros, e nos casos de estipulação a favor de terceiros.

Pelo princípio da Boa fé, na interpretação do contrato necessário se faz fixar-se na intenção das partes, e não somente na escrita do contrato. As partes devem agir com lealdade e confiança recíproca, auxiliando-se.

Estes princípios auxiliam a interpretação de um contrato, cuja função é analisar o ato negocial e suas cláusulas, em especial a intenção comum dos contratantes. Análise esta de suma importância vez que o negócio jurídico decorre da manifestação da vontade dos contratantes visando a realização de um objetivo certo, criando normas e portanto um direito subjetivo com imposições de obrigações jurídicas entre as partes contraentes. Daí dizer que o contrato é lei entre as partes.

O novo Código Civil traz cinco normas interpretativas. Confira-se:

1) Artigo 112 CC- Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem. Desta forma, a interpretação do contrato extrapola a análise gramatical do texto do contrato, e busca a intenção dos contratantes, tentando reconstruir a real vontade e os fins econômicos visados por eles, corrigindo sua manifestação escrita ou verbal, erroneamente expressa.
2) Artigo 112 e 114 CC – Os contratos benéficos ou gratuitos deverão ser interpretados restritivamente, ou seja, o Juiz não poderá ampliar ou limitar os termos do contrato por meio de interpretação com dados que não existem no corpo do contrato.

3) A fiança sempre se dará por escrito, não sendo possível aplicar uma interpretação extensiva, e será limitada ao que está disposto em contrato.

4) Artigo 113 CC – Os negócios jurídicos deverão ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar da sua celebração.
5) Artigo 423 CC – Nos contratos por adesão, com cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Certo é que estas não são as únicas formas de interpretação de um contrato, porém são as principais, a jurisprudência nos apresenta outras formas de interpretação, como por exemplo:

1. No conflito entre duas cláusulas contratuais, a antinomia prejudicará o outorgante e não o outrogado (AJ,105:327),
2. Nas cláusulas duvidosas, prevalecerá o entendimento de que se deve favorecer quem se obriga (RT,142:620,194:709),
3. Na dúvida sobre a gratuidade ou onerosidade do contrato, presumir-se-á esta e não aquela (AJ,88:291).

Assim, pela *Teoria do Abuso de Direito* é considerado ato ilícito aquele que originalmente seria considerado ilícito, contudo, por ter sido exercido, praticado de forma irregular transmuda-se de ato lícito para ilícito.

Atualmente, com a massificação dos contratos faz-se imprescindível a análise da boa-fé contratual, pois esta situação criou uma questão social séria, e sendo o contrato um instrumento de socialização, necessário a aplicação de vários princípios sociais a eles, tais como a equivalência material, a função social, a boa-fé.

Existe hoje uma necessidade de resgatar princípios de valorização social, buscando um interesse coletivo, a paz social, na verdade, o mundo jurídico sempre busca a paz da sociedade.

Antes da inovação trazida pelo Código Civil Brasileiro os atos ilícitos que fundamentam a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil não era tão amplo como agora se apresenta.

Os novos elementos estão presentes na socialização, que nada mais é que o novo aspecto dado à aplicação da Constituição Federal.

Hoje em dia a proteção dos direitos coletivos está bastante difundida, o que dá ao jurisdicionado um poder maior para reparar e prevenir abusos cometidos não só contra a coletividade, mas também nos aspectos internos de cada relação entre os indivíduos, abarcando não só aspectos obrigacionais como extraobrigacionais.

Para reparação de danos houve quem falasse em adotar uma tabela capaz de dar um peso a cada descumprimento obrigacional, ou a cada dor ou prejuízo experimentado pela vítima. Com a evolução do instituto, verificou-se a impossibilidade da aplicação de referida tabela.

Ora, os aspectos da vida são muitos, e em cada caso, por infinitas circunstâncias, a dimensão da dor e prejuízo sofridos por cada vítima não são iguais.

Outro aspecto que se deve levar em conta é a intenção do agente ao praticar um ato capaz de prejudicar outrem, deve-se observar até que ponto o exercício de um poder é legítimo, ainda que atinja outrem.

Certo é que por vezes, o exercício de um poder delimita o poder de outrem, porém, sendo este legítimo e exercido dentre de um limite, nada poderá queixar-se o prejudicado.

A mesma situação não se vê quando intencionalmente, com a finalidade de prejudicar outrem, o exercício de um direito, que não traga benefício nenhum ao agente, é exercido.

A dificuldade é grande, razão pela qual os magistrados tem aplicado penas razoáveis quando da prolação de sentenças que visam reparar danos sofridos pelos autores.

Podemos concluir que é esta a grande evolução, em especial nos contratos, de modo que cada relação jurídica passa a ser examinada dentro de um complexo, sofrendo influência de várias ordens, tais como tratados internacionais, convenções etc.

As relações negociais entre as partes devem promover o bem estar e a dignidade dos homens, primando pelo desenvolvimento social em harmonia com o interesse pessoal, de forma a “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (CF/88, art.3º, I).

BIBLIOGRAFIA

França,Rubens Limongi, Enciclopédia Saraiva/1977.

Tartuce, Flávio, Direito Civil, 2008,p.304 e SS

Tartuce, Flávio, Direito das Obrigações, 2003, p.372

http://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civildanos-indenizaveis (capturado em abril/2014)

http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2338&idAreaSel=2&seeArt=yes(capturado em abril/2014)